



Gabriele Serra

## ONERE DELLA PROVA E DANNO NON PATRIMONIALE: OSSERVAZIONI SUL RUOLO DELLA PROVA PRESUNTIVA.

Sommario: 1. Introduzione. 2. Prova presuntiva e danno non patrimoniale tra giudice amministrativo e giudice ordinario (per la illegittima mancata assegnazione di insegnante di sostegno ad alunno disabile). 3. Prova presuntiva e danno non patrimoniale tra lesione dell'autodeterminazione e danno alla salute. 4. Prova presuntiva e danno da perdita del rapporto parentale. 5. Conclusioni.

### 1. Introduzione.

Il tema dell'onere della prova e, segnatamente, del ruolo della prova per presunzioni del danno non patrimoniale è certamente tra i più dibattuti e complessi nell'ambito della responsabilità civile.

Ciò, a ben vedere, è del tutto fisiologico rispetto alla necessità di fornire supporto probatorio all'allegazione di un evento che produce conseguenze non connotate da una perdita economica direttamente percepibile, bensì, nell'usare la terminologia di recente fatta propria dalla Corte di Cassazione, da un lato, da una modificazione peggiorativa della vita del danneggiato (danno dinamico-relazionale), e/o, dall'altro lato, da un profilo interiore, corrispondente al patimento morale in tutti i suoi aspetti, quali dolore, vergogna, rimorso, disistima di sé, malinconia e tristezza (danno morale)<sup>1</sup>.

Sul punto, volendo solo tracciare alcune coordinate generali utili nella lettura delle considerazioni che seguono, può farsi riferimento alle considerazioni che da ultimo sono state svolte dalla Suprema Corte nell'affrontare, nuovamente e ciclicamente, il tema in discorso.

Senza voler esaminare *funditus* la pronuncia in discorso, ciò che rileva ai nostri fini è che la Corte, dopo aver chiarito come, in tema di c.d. danno biologico, si giustifichi una personalizzazione del risarcimento determinato equitativamente secondo il criterio del c.d. punto variabili solo laddove il fatto abbia prodotto conseguenze dannose del tutto anomale e peculiari, in punto di prova specifica afferma che *“le circostanze di fatto che giustificano la personalizzazione del risarcimento del danno non patrimoniale integrano un "fatto costitutivo" della pretesa, e devono essere allegate in modo circostanziato e provate dall'attore (ovviamente con ogni mezzo di prova, e quindi anche attraverso l'allegazione del notorio, delle massime di comune esperienza e delle presunzioni semplici, come già ritenuto dalle Sezioni Unite di questa Corte, con la nota sentenza pronunciata*

---

<sup>1</sup> Così, da ultimo, Cass. Civ., Sez. III, 17 gennaio 2018, n. 901, in *Ridare.it*, 18 maggio 2018, con nota di C. DE GIOVANNI, *Danno alla persona: voci di danno riconoscibili e liquidabili*.



da Sez. U, Sentenza n. 26972 del 11/11/2008), senza potersi, peraltro, risolvere in mere enunciazioni generiche, astratte od ipotetiche (Sez. 3, Sentenza n. 24471 del 18/11/2014)<sup>2</sup>.

Come si vedrà nel prosieguo, riveste perciò un ruolo centrale la prova presuntiva, rispetto alla quale peraltro si deve ricordare come essa costituisca una prova completa alla quale il giudice di merito può attribuire rilevanza, anche in via esclusiva, ai fini della formazione del proprio convincimento<sup>3</sup>.

In particolare, pare opportuno richiamare brevemente i principi che governano il regime della prova presuntiva, per comprenderne appieno la portata.

In tal senso allora, si deve ricordare come lo schema logico che presiede il ragionamento presuntivo è quello per cui, in base a regole (elastiche) di esperienza, si procede all'accertamento dei fatti di causa riconducendo il fatto ignoto a quello noto, facilitando così l'assolvimento dell'onere della prova da parte di chi ne è gravato<sup>4</sup>, e come detto mezzo di prova non debba essere qualificato come strumento probatorio di rango secondario nella gerarchia e più debole della prova diretta o rappresentativa<sup>5</sup>.

La parte onerata è perciò tenuta ad allegare e provare pienamente il fatto noto - in ciò risiedendo la distinzione tra presunzione semplice e presunzione legale *iuris tantum*, posto che, sul piano degli effetti, entrambe determinano una inversione dell'onere della prova<sup>6</sup> - rispetto al quale, nell'attività deduttiva del fatto ignoto, il giudice del merito potrà ritenere quest'ultimo provato non unicamente laddove esso si ponga in rapporto di necessarietà assoluta ed esclusiva, bensì essendo sufficiente che l'operata inferenza sia effettuata alla stregua di un canone di ragionevole probabilità, con riferimento alla connessione degli accadimenti la cui normale sequenza e ricorrenza può verificarsi secondo regole di esperienza<sup>7</sup>.

Ciò posto, proprio nella materia del danno non patrimoniale e, segnatamente, di quello esorbitante la stretta lesione della salute (biologico) le notissime Sezioni Unite di San Martino, ne hanno particolarmente valorizzato la portata, poiché, *“attenendo il pregiudizio (non biologico) ad un bene immateriale, il ricorso alla prova presuntiva è destinato ad assumere particolare rilievo”* pur ricordando che *“il danneggiato dovrà tuttavia allegare*

---

2 Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 27 marzo 2018, n. 7513, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc.3, 2018, p. 863C, con nota di P. ZIVIZ, *Di che cosa parliamo quando parliamo di danno non patrimoniale*.

3 Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 11 maggio 2007, n. 10847, in *Guida al diritto*, 2007, 26, 67

4 Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 12 giugno 2006, n. 13546, in *Diritto e Giustizia*, fasc.28, 2006, p. 14, con nota di M. DI MARZIO, *Il danno esistenziale? Ormai sdoganato*.

5 Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 24 marzo 2006, n. 6572, in *Giur. It.*, 2006, 11, p. 2042.

6 Cfr. Cass. Civ., Sez. IV, 3 marzo 2016, n. 4241, in *Giustizia Civile, Massimario*, 2016.

7 Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 23 marzo 2005, n. 6220, in *Giustizia Civile, Massimario*, 2005, 4.



tutti gli elementi che, nella concreta fattispecie, siano idonei a fornire la serie concatenata di fatti noti che consentano di risalire al fatto ignoto”<sup>8</sup>.

## **2. Prova presuntiva e danno non patrimoniale tra giudice amministrativo e giudice ordinario (per la illegittima mancata assegnazione di insegnante di sostegno ad alunno disabile).**

Tanto premesso, in ordine all’assolvimento dell’onere della prova con riferimento al danno non patrimoniale e, segnatamente, a quello dinamico-relazionale, è interessante subito notare la diversa sensibilità mostrata dalla giurisprudenza amministrativa rispetto agli orientamenti esposti dalla Suprema Corte sul tema quanto alla rilevanza probatoria delle presunzioni.

In particolare, può farsi riferimento alla fattispecie della mancata assegnazione di un insegnante di sostegno da parte dell’istituto scolastico ad alunno disabile, in violazione di quanto ritenuto necessario dai competenti organi sanitari e scolastici, che ha creato numerosi contrasti anche in punto di riparto della giurisdizione<sup>9</sup>.

Sul punto e senza poterci dilungare ad indagare la complessa problematica in parola, preme rilevare come le più recenti decisioni del Consiglio di Stato abbiano negato il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale al minore disabile che, illegittimamente, non abbia potuto beneficiare del sostegno cui avrebbe avuto diritto, argomentando che *“in materia non si può elaborare una regola generale su una ‘presunzione di danno non patrimoniale’, per il solo fatto che non sia stata rispettata la normativa in materia di assegnazione delle ore di sostegno: tale violazione evidenzia che vi è stato sì il fatto costitutivo di un illecito, ma non determina l’obbligo dell’Amministrazione di risarcire un danno che in concreto non si sia verificato (ovvero che non sia stato comprovato)”*<sup>10</sup>.

Ora, se è pur vero che correttamente non si può, né deve, parlare di danno *in re ipsa*, ciò non deve condurre, come sembra fare il giudice amministrativo, a negare ingresso altresì al sistema di prova per presunzioni, ben ricostruito dalla Corte di Cassazione sopra richiamata.

---

<sup>8</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un. civ., 11 novembre 2008, n. 26972-5, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, 38, con note di P.G. MONATERI, *Il pregiudizio esistenziale come voce del danno non patrimoniale*; di E. NAVARRETTA, *Il valore della persona nei diritti inviolabili e la complessità dei danni non patrimoniali*; di P. ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale: istruzioni per l’uso*. Secondo F. GAZZONI, *Il danno esistenziale, cacciato, come meritava, dalla porta, rientrerà dalla finestra (nota a Cass., sez. un., 11.11.2008, n. 26972)*, in *Dir. fam. e pers.*, 2009, p. 108 s., l’ampio utilizzo delle presunzioni per la prova dell’entità del pregiudizio rivelerebbe l’inconsistenza dell’affermazione giurisprudenziale sulla natura di danno conseguenza del danno parentale.

<sup>9</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. Un., 25 novembre 2014, n. 25011, in *Giur. Cost.*, fasc.4, 2015, pag. 1484, con nota di F. GIRELLI, *Quale giudice per gli alunni con disabilità?*

<sup>10</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, nn. 2419-2424, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



E invero, ciò che potrebbe correttamente affermarsi con riferimento alla fattispecie della mancata attribuzione di sostegno a minore studente disabile, è che il ragionamento presuntivo ben si attaglia a risolvere il problema della prova del danno conseguenza, senza perciò sconfinare in una, giuridicamente inaccoglibile, affermazione di danno *in re ipsa*.

A ben vedere infatti, richiamata la struttura sopra esposta del ragionamento presuntivo, nella presente tematica, il danneggiato dovrà allegare e provare il fatto noto da cui, presuntivamente, è scaturito il fatto ignoto, *i.e.* le conseguenze dannose di cui si chiede il risarcimento e, solo in tale caso, interverrà l'onere dell'amministrazione di provare che, nonostante si sia verificato il fatto noto cui, per regola di comune esperienza, segue quello ignoto, nel caso concreto esso non si sia verificato.

Perciò, facendo applicazione di tale principio, sarà onere del danneggiato provare la propria condizione di disabilità e che vi sia stata una assegnazione di ore di sostegno inferiore a quelle attribuite dagli organi competenti per quella data situazione di disabilità (fatto noto), dal che si può presumere, *ex art. 2727-2729 c.c.* che al minore sia derivato un danno dinamico-relazionale, posto che l'assenza dell'insegnante di sostegno impedisce, alla luce della funzione che gli è propria, al minore disabile di svolgere ed esplicare pienamente la propria persona nell'ambito dell'attività scolastica.

In questi termini, alcuna giurisprudenza di merito si è fatta carico di argomentare, in esplicito dissenso rispetto alla citata recente posizione del Consiglio di Stato, come dare pieno ingresso alla prova per presunzioni nella presente fattispecie non consista *"nella, ormai abbandonata costruzione operata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 184/1986 c.d. "Dell'Andro", della sufficienza del danno evento per la risarcibilità dei diritti fondamentali, bensì nella corretta ripartizione dell'onere della prova in presenza di fattispecie che si contraddistinguono per una particolare difficoltà di accertamento, posta la sfera, interna alle persone, in cui le conseguenze si producono"*<sup>11</sup>.

Posti tali principi, la medesima giurisprudenza illustra chiaramente il fatto noto che pone a base del proprio ragionamento presuntivo, evidenziandone allegazione e prova, laddove evidenzia l'allegazione, specifica, circostanziata e non contestata (e quindi provata *ex art. 115, 1 comma c.p.c.*) per cui, il minore disabile non avesse svolto l'attività didattica programmata che tenesse conto delle sue potenzialità e dei suoi bisogni, essendone perciò attendibilmente derivata, *"anche in considerazione del lasso temporale trascorso, la privazione della possibilità di proseguire adeguatamente il percorso formativo in atto e di acquisire le nozioni e le esperienze, pure di tipo relazionale, che caratterizzano lo sviluppo dell'iter scolastico ed il conseguimento di quella pari dignità sociale che consente l'inclusione della persona con disabilità, con conseguente pregiudizio,*

---

<sup>11</sup> Sia consentito il riferimento fatto a Trib. Cagliari, ord. 19.12.2017, Giud. Bagella, in causa RG 2970/2017, inedita.



*di natura non patrimoniale, idoneo a superare quella soglia di gravità minima dell'offesa richiesta dalla giurisprudenza*<sup>12</sup>.

Tale ricostruzione giurisprudenziale, lo si anticipa e lo si illustrerà meglio in seguito, fornisce una chiara dimostrazione della fallacia della critica per cui, in forza del ragionamento presuntivo applicato alla presente materia, si giungerebbe a risarcire qualsiasi pregiudizio anche bagatellare e quindi non giuridicamente rilevante, essendo ben possibile e, anzi, doveroso, per il giudice del merito indagare che, in concreto, il pregiudizio sofferto superi la soglia di cui alla *bagatelklausel* ritenuta interna al nostro ordinamento dalle sentenze di San Martino.

### **3. Prova presuntiva e danno non patrimoniale tra lesione dell'autodeterminazione e danno alla salute.**

Ancora, in tema di assolvimento dell'onere della prova nell'ambito del danno non patrimoniale, si può richiamare la complessa fattispecie del danno non patrimoniale per omesso consenso informato nell'ambito della responsabilità da *malpractice* sanitaria<sup>13</sup>.

Anche in questo ambito, limitandoci a quanto rilevante ai fini della presente analisi, si vuole richiamare l'attenzione sulla diversità di conseguenze pregiudizievoli (*rectius*: di beni giuridici pregiudicati) che, in astratto, possono derivare dall'omissione del consenso informato nell'ambito dell'attività medica.

Ciò perché, da esse, discende una assai rilevante distinzione in tema di onere della prova da parte del danneggiato che domandi il risarcimento per conseguenze non patrimoniali sofferte.

Sul punto infatti, sembra potersi individuare oggi una convergenza giurisprudenziale verso il riconoscimento della duplicità di situazioni giuridiche soggettive – e, perciò, di conseguenze pregiudizievoli risarcibili – nell'ipotesi di mancata acquisizione di consenso informato del paziente da parte della struttura sanitaria e/o del medico al trattamento sanitario eseguito.

In particolare, a fronte del mancato (o invalido) consenso informato, potrà discorrersi di pregiudizio alla libertà di autodeterminazione del paziente, ricollegabile agli artt. 2 e 13 Cost., senza tuttavia che ciò implichi, *sic et simpliciter*, un pregiudizio al bene giuridico salute, presidiato dall'art. 32 Cost., la cui lesione, aprendosi così la

---

<sup>12</sup> Ancora Trib. Cagliari, *cit.*

<sup>13</sup> In tema V. soprattutto L. PAPI, *La responsabilità medica per difetto di consenso alla luce degli ultimi orientamenti della Cassazione civile: verso un riequilibrio del sistema?*, in *Riv. it. medicina legale (dal 2012 Riv. it. medicina legale e dir. sanitario)*, fasc.3, 2011, pp. 687 e ss.; v. altresì C. COPPOLA, *Il nuovo sistema della responsabilità civile sanitaria*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc.5, 1 maggio 2018, pag. 1448.



strada al risarcimento del danno biologico, è soggetta ad un ulteriore elemento costitutivo (e conseguentemente di prova) al fine di considerare integrato il nesso di causalità<sup>14</sup>.

Sul punto, è particolarmente chiara la giurisprudenza della Corte di Cassazione nell'affermare come non sia necessario, con riferimento al danno conseguenza relativo alla lesione del diritto all'autodeterminazione, fornire la prova del probabile rifiuto all'esecuzione dell'intervento, la quale è, al contrario, necessaria con riferimento al diverso danno alla salute per complicità non imprevedibili di un intervento correttamente eseguito<sup>15</sup>.

Sul punto, sembra perciò potersi considerare superato quell'orientamento giurisprudenziale, di merito, ma anche all'occasione di legittimità, che aveva negato rilevanza alla lesione dell'autodeterminazione in assenza di prova circa una lesione del bene giuridico salute e, in particolare, *“se non sussiste un rapporto causale tra l'aggravamento delle condizioni del paziente o l'insorgenza di nuove patologie e l'intervento sanitario, non può darsi luogo ad alcun risarcimento del danno”*<sup>16</sup>.

Tale ultima posizione è stata tuttavia anche recentemente condivisa in dottrina, la quale ha evidenziato come la prima tesi qui esposta rischierebbe di aprire la strada al risarcimento di danni bagatellari e comunque ad un automatismo risarcitorio che rievocherebbe una rilevanza ex se del solo danno evento<sup>17</sup>.

---

14 Cfr. Corte Cost., 23 dicembre 2008 n. 438, in *Rass. dir. Farmaceutico*, 2009, 2, 278: *“La circostanza che il consenso informato trova il suo fondamento negli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione pone in risalto la sua funzione di sintesi di due diritti fondamentali della persona: quello all'autodeterminazione e quello alla salute, in quanto, se è vero che ogni individuo ha il diritto di essere curato, egli ha, altresì, il diritto di ricevere le opportune informazioni in ordine alla natura e ai possibili sviluppi del percorso terapeutico cui può essere sottoposto, nonché delle eventuali terapie alternative; informazioni che devono essere le più esaurienti possibili, proprio al fine di garantire la libera e consapevole scelta da parte del paziente e, quindi, la sua stessa libertà personale, conformemente all'art. 32, secondo comma, della Costituzione”*.

<sup>15</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 23 novembre 2015, n. 23204, in [www.italgiure.giustizia.it](http://www.italgiure.giustizia.it); cfr. altresì Cass. Civ., Sez. III, 5 luglio 2017, n. 16503, in *Guida al diritto*, 2017, 45, 88, che afferma che *“pertanto, non avrebbe avuto altro onere, nella specie, la paziente e qui ricorrente principale, che allegare e provare l'incompletezza od inadeguatezza dell'informazione ricevuta prima di sottoporsi alla rischiosa operazione per allegare e addurre la prova, sulla base di presunzioni se non perfino di quanto accade secondo criteri di normalità, dei danni conseguenza almeno correlati alla lesione della sua libertà di autodeterminazione, fermo restando solo che tale specifica lesione non corrisponde mai, attesa l'ontologica diversità tra i due diritti lesi, quello all'autodeterminazione e quello all'integrità psicofisica, al danno a quest'ultima in quanto tale (in tali espressi termini: Cass. 2854 del 2015, cit.), quasi consentendo una sorta di automatico recupero, per tale via, dell'esito infausto per il paziente di un intervento chirurgico pure correttamente eseguito. Solo per le ulteriori e più gravi conseguenze, indicate più sopra (decisione di non sottoporsi all'intervento, acquisizione di pareri o soluzioni alternative, etc.), sarebbe intervenuta la necessità di una più specifica allegazione e prova”*.

<sup>16</sup> Cfr. Cass. civ., sez. III, 30 luglio 2004, n. 14638, in *Giur. It.*, 1395, 2005 con commento di M. D'AURIA, *Consenso informato: contenuto e nesso di causalità*; cfr. altresì Trib. Milano, 29 marzo 2005, n. 3520, in *Resp. civ. prev.*, 3, 2005, pp. 751 ss. con nota di G. GENNARI, *Consenso (dis)informato, quale danno da risarcire?*; Trib. Milano, 4 marzo 2008, in *Resp. civ. prev.*, 1, 2009, pp. 75 ss. con nota di F.R. FANTETTI, *Diritto di autodeterminazione e danno esistenziale alla luce delle recenti pronunce delle S.U. della Cassazione*; Trib. Roma, 10 maggio 2005, in *Resp. civ. prev.*, 2006, pp. 149 e ss.

<sup>17</sup> Cfr. F. VENTURI, *Alla ricerca delle ragioni del (reiterato) campanilismo liquidatorio del Tribunale di Roma nel dedalo giurisprudenziale sul risarcimento del danno non patrimoniale. Nota a Tribunale Roma, 07 gennaio 2018, n.46726*, in *Riv. it. medicina legale (dal 2012 Riv. it. medicina legale e dir. sanitario)*, fasc. 3, 2018, pag. 1191, ove l'A. peraltro critica fondatamente la posizione espressa dal Tribunale di Roma, nella quale il danno non patrimoniale connesso alla sola lesione



La critica, che costituiva la ragione di fondo dell'orientamento giurisprudenziale minoritario ora citato, come si vede, è peraltro la stessa che ha animato la posizione del Consiglio di Stato sopra richiamato, ma non si ritiene condivisibile.

Sul punto infatti, si deve nuovamente ribadire come non si tratti di risarcire la semplice lesione della libertà di autodeterminazione, bene giuridico protetto ex artt. 2 e 13 Cost., indipendentemente da una analisi delle conseguenze pregiudizievoli che detta lesione ha procurato, bensì unicamente nel riconoscere come la prova di dette conseguenze possa essere data per presunzioni, poiché, allegato e provato pienamente il fatto, ne deriva, secondo una regola di normalità delle conseguenze (*id quod plerumque accidit*), che tuttavia ammette prova contraria.

Ma, in assenza di prova contraria, non sembra potersi negare che sussistano elementi presuntivi gravi, precisi e concordanti a far ritenere che si sia prodotta una conseguenza negativa, a carattere non patrimoniale, nella sfera giuridica di un soggetto che venga sottoposto ad un trattamento medico in assenza di consenso. Né può essere la assai sfuggente determinatezza di tali conseguenze ad evocare profili di bagatellarità di esse, poiché, proprio laddove è assai difficile cogliere l'entità del danno conseguenza, il legislatore affida al giudice il delicato strumento della liquidazione equitativa del danno.

#### **4. Prova presuntiva e danno da perdita del rapporto parentale.**

In ultimo, ben si iscrive nel percorso argomentativo che si sta conducendo la problematica inerente l'onere della prova del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale, anche qui limitando la nostra analisi ai soli profili probatori della più ampia tematica<sup>18</sup>.

In particolare, assume centrale rilevanza e interesse, alla luce della assai variegata morfologia dei rapporti umani e, segnatamente, familiari, comprendere se vi siano dei limiti alla risarcibilità del danno non patrimoniale da perdita del rapporto parentale.

Con tale locuzione, ci si intende riferire in particolare a quella definitiva compromissione del rapporto familiare, dall'alterazione della quotidianità, dallo sconvolgimento delle abitudini di vita, dal venir meno di un appoggio materiale e psicologico<sup>19</sup>.

---

dell'autodeterminazione viene liquidato «*dovendosi ragionevolmente ritenere che la parte attrice, se adeguatamente informata della possibilità del sangue infetto, avrebbe rifiutato la trasfusione*», perciò, come riconosce l'A., ciò «*insinua il dubbio che, in realtà, dietro tale sintagma si celi l'intento di risarcire ulteriormente (rectius, doppiamente) il danno biologico o (ancor peggio) di risarcire il mero « danno-evento »*».

<sup>18</sup> Sulla quale V. S. BALBUSSO, *Il danno non patrimoniale da perdita del congiunto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, p. 403 ss.

<sup>19</sup> Così L. TAMPIERI, *Il danno non patrimoniale – La lesione di valori costituzionalmente tutelati*, Padova, 2015, 10.



Ora, ciò posto, particolarmente problematica è apparsa la prova da fornire in giudizio da parte del danneggiato-attore circa il rapporto personale che lo legava al soggetto deceduto a causa dell'altrui fatto illecito.

Da ultimo e in via di sintesi, la Corte di Cassazione, è intervenuta a chiarire, in primo luogo, che *“nel caso di morte di un prossimo congiunto (coniuge, genitore, figlio, fratello), l'esistenza stessa del rapporto di parentela deve far presumere, secondo l'id quod plerumque accidit, la sofferenza del familiare superstite, giacchè tale conseguenza è per comune esperienza è, di norma, connaturale all'essere umano. Naturalmente si tratterà pur sempre d'una praesumptio hominis, con la conseguente possibilità per il convenuto di dedurre e provare l'esistenza di circostanze concrete dimostrative dell'assenza di un legame affettivo tra la vittima ed il superstite”*, nonché, in secondo luogo, che *“la semplice lontananza, tuttavia, non è una circostanza di per sè idonea a far presumere l'indifferenza d'una madre alla morte del figlio (...) a nulla rilevando nè che la vittima ed il superstite non convivessero, nè che fossero distanti (circostanze, queste ultime, le quali potranno essere valutate ai fini del quantum debeatur). Nei casi suddetti è pertanto onere del convenuto provare che vittima e superstite fossero tra loro indifferenti o in odio, e che di conseguenza la morte della prima non abbia causato pregiudizi non patrimoniali di sorta al secondo”<sup>20</sup>.*

Rispetto a tale conclusione tuttavia, si è mostrata critica una parte della dottrina che ha evidenziato come, in tal modo, si concreterebbe una impropria inversione dell'onere della prova, che se può giustificarsi in relazione ad una condanna c.d. generica, mai potrebbe intervenire in ordine al *quantum debeatur*, ove l'attore dovrebbe pienamente fornire prova della concreta intensità della perdita subita, anche in ossequio al principio della vicinanza dell'onere della prova<sup>21</sup>.

Tale critica, non sfuggirà, ripercorre lo stesso filone argomentativo già in precedenza illustrato in ordine alla prova per presunzioni del danno non patrimoniale al minore disabile privato dell'assistenza di sostegno, nonché del danno non patrimoniale per lesione della libertà di autodeterminazione.

Sul punto allora, vale ribadire come non si condivide l'assunto per cui si realizzerebbe una inaccettabile inversione dell'onere della prova, posto che il parente danneggiato si avvale di un mezzo di prova riconosciuto dall'ordinamento, quello delle presunzioni, che non determina *ex se* una inversione dell'onere della prova normativamente stabilito, nella campo della responsabilità aquiliana, dall'art. 2043 c.c.

Se è pur vero che, nel caso del danno da perdita del rapporto parentale, viene a sfumare la differenza tra presunzioni e massime di comune esperienza (il c.d. fatto notorio), ciò non implica alcuna violazione delle regole

---

<sup>20</sup> Cass. Civ, Sez. VI, 15 febbraio 2018, n. 3767, in *Ridare.it*, 6 giugno 2018, con nota di F. AGNINO, *Morte del familiare e presunzione della sofferenza morale per i congiunti superstiti*.

<sup>21</sup> Cfr. F. PETROLATI, *Il risarcimento del danno non patrimoniale ai congiunti nei paesi di origine: il senso imperfetto della cassazione per il denaro*, in *www.giustiziacivile.com*, 10 ottobre 2018.





probatorie del giudizio civile, posto che nessuno può seriamente dubitare della considerazione da cui muove la giurisprudenza della Cassazione in ordine alla regolarità causale circa la sofferenza che deriva ad un familiare dalla perdita di un congiunto.

Né pare essere stati travalicati i limiti che il giudice incontra nel ricorrere all'utilizzo della categoria dei fatti notori, laddove riconosce come la lontananza non escluda l'operatività di tale presunzione, e ciò per due ordini di ragioni.

La prima, di carattere argomentativo, quando la Corte ricorda che ciò *“lo insegna la psicologia (dalla quale apprendiamo che la lontananza, in determinati casi, rafforza i vincoli affettivi, a misura che la mancanza della persona cara acuisce il desiderio di vederla); lo testimonia la storia (qui gli esempi sono sterminati: dal carteggio di Abelardo ed Eloisa alle lettere dei condannati a morte della Resistenza); e lo attesta sinanche il mito: quello di Penelope ed Ulisse non sarebbe certo sopravvissuto intatto per ventotto secoli, se non rispondesse ad una costante dell'animo umano la conservazione degli affetti più cari anche a distanza di tempo e di spazio”*.

In tal senso, se è pur vero che la stessa giurisprudenza della Cassazione ritenga come il ricorso alle nozioni di comune esperienza, comportando una deroga al principio dispositivo ed al contraddittorio, in quanto introduce nel processo civile prove non fornite dalle parti e relative a fatti dalle stesse non vagliati né controllati, vada inteso in senso rigoroso<sup>22</sup>, non può non apprezzarsi lo sforzo motivazionale compiuto dalla sentenza in esame nel far riferimento alla psicologia, alla storia, al mito, mostrando elementi che, nella quotidianità dell'individuo medio del nostro tempo si possono ben ritenere acquisiti, potendosi richiamare anche la, ormai scontata, ma di centrale importanza sul punto, obbligatorietà dell'istruzione scolastica per 10 anni e, in ogni caso, fino al sedicesimo anno di età<sup>23</sup>.

La seconda ragione, sistematica, ben emerge laddove la Corte ricorda come la circostanza della lontananza tra i soggetti coinvolti nella vicenda possa assumere comunque un rilievo ai fini del *quantum* del risarcimento, senza che tuttavia, rispetto ad esso, debbano sorgere ulteriori oneri probatori per il danneggiato, ma unicamente dovendosi valutare, in concreto, la somma di denaro che, equitativamente, debba essere liquidata in favore del prossimo congiunto che si trovava in stato di lontananza dal proprio parente deceduto, potendosi valorizzare, ad esempio, la durata di tale lontananza, i rapporti concreti sussistenti tra gli stessi nonostante la distanza, ecc.

---

<sup>22</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. II, 19 novembre 2007, n. 23978, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, 11.

<sup>23</sup> Ai sensi dell'art. 1, comma 622 Legge 27 dicembre 2006, n. 296 *“L'istruzione impartita per almeno dieci anni è obbligatoria ed è finalizzata a consentire il conseguimento di un titolo di studio di scuola secondaria superiore o di una qualifica professionale di durata almeno triennale entro il diciottesimo anno di età. L'età per l'accesso al lavoro è conseguentemente elevata da quindici a sedici anni”*.



Intimamente connessa con la problematica in parola e, sulla quale, la citata recentissima pronuncia della Cassazione non fornisce spunti interpretativi rilevanti, è quella, in ipotesi di danno parentale, circa la rilevanza della non convivenza laddove il congiunto che agisce per il risarcimento non sia un prossimo congiunto del soggetto deceduto (coniuge, genitore, figlio, fratello, di cui si è *apertis verbis* occupata la sentenza citata), bensì, come frequentemente accade, un soggetto legato da altro rapporto di parentela, come in quello tra nonno e nipote.

Orbene, sul punto, senza poter effettuare una analisi diacronica troppo risalente, in giurisprudenza è emerso un orientamento restrittivo, che ha trovato la sua massima espressione in una sentenza della Corte di Cassazione del 2012, la quale ha ritenuto la necessità della convivenza per potersi ritenere leso il rapporto parentale di soggetti estranei al nucleo familiare, in quanto la convivenza rappresenterebbe quel dato minimo necessario ad esteriorizzare il rapporto, che eliminerebbe l'incertezza propria della prova nel caso concreto e che *“si sostituisce, così, al dato legalmente rilevante della parentela stretta all'interno della famiglia nucleare e, parificato a quest'ultimo, consente di usufruire dello stesso regime probatorio, per presunzione della particolare intensità degli affetti, che la giurisprudenza di legittimità ammette per i parenti stretti”*<sup>24</sup>.

Le ragioni di fondo di tale posizione si rinvergono nella restrizione della tutela costituzionale della famiglia alla sola famiglia nucleare, incentrata su coniuge, genitori e figli, rispetto alla quale soltanto è delineata la trama dei diritti e doveri reciproci; la limitata rilevanza giuridica del rapporto tra nonni e nipoti, poiché le disposizioni del codice civile evidenzerebbero un rapporto tra nonni e nipoti mediato dai genitori o comunque di supplenza di essi (artt. 148 e 336 c.c.); nonché l'esigenza di evitare una arbitraria dilatazione dei soggetti danneggiati secondari.

In senso contrario, si è tuttavia posta la giurisprudenza più recente, che ha affermato che *“in tal modo si esclude a priori il diritto del nipote non convivente al risarcimento del danno non patrimoniale da lesione del rapporto parentale sulla base di un elemento estrinseco, transitorio e del tutto casuale quale è quello della convivenza, di per sé poco significativo, ben potendo ipotizzarsi convivenze non fondate su vincoli affettivi ma determinate da necessità economiche, egoismi o altro e non convivenze determinate da esigenze di studio o di lavoro o non necessitate da bisogni assistenziali e di cura ma che non implicano, di per sé, carenza di intensi rapporti affettivi o difetto di relazioni di reciproca solidarietà contestato”*<sup>25</sup>.

Nel confutare le argomentazioni della giurisprudenza precedente, la sentenza in discorso argomenta che non è condivisibile, sul piano normativo, la limitazione della famiglia alla sola famiglia nucleare, posto che, da un lato,

---

<sup>24</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. III, 16 marzo 2012, n. 4253, in *Giust. civ., Mass.*, 2012, 3, 354.

<sup>25</sup> Così Cass. Civ., Sez. III, 20 ottobre 2016, n. 21230, in *Diritto & Giustizia*, fasc.71, 2016, p. 13, con nota di P. PALEARI, *La coabitazione nel risarcimento del danno da uccisione del congiunto*.



l'ordinamento ricomprende i discendenti in linea retta tra i parenti (art. 75 c.c.) e stabilisce uno stretto vincolo di parentela tra nonni e nipoti (art. 76 c.c.), dall'altro, prevede vari diritti, doveri e facoltà nei confronti degli ascendenti e dei discendenti, richiamandosi, a titolo esemplificativo, il diritto degli ascendenti di mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni, tutelabile in giudizio, ex art. 317 bis c.c..

Nello stessa direzione una ulteriore sentenza della Suprema Corte, condivisa la motivazione ora citata, conclude che *“anche il legame parentale fra nonno e nipote consenta di presumere che il secondo subisca un pregiudizio non patrimoniale in conseguenza della morte del primo (per la perdita della relazione con una figura di riferimento e dei correlati rapporti di affetto e di solidarietà familiare) e ciò anche in difetto di un rapporto di convivenza, fatta salva, ovviamente, la necessità di considerare l'effettività e la consistenza della relazione parentale ai fini della liquidazione del danno”*<sup>26</sup>, laddove si pone in linea con l'orientamento più restrittivo una ancor più recente decisione della Sezione Lavoro della Cassazione, che riprende pedissequamente le argomentazioni della sopra citata sentenza n. 4253/2012<sup>27</sup>.

Nel rilevare come il contrasto sia aperto in seno alla giurisprudenza di legittimità, preme sottolineare una incongruità di fondo che si legge nelle sentenze che sposano l'orientamento restrittivo.

In particolare, dapprima esse ritengono come, in termini ontologici, affinché possa ritenersi leso il rapporto parentale tra soggetti non prossimi congiunti, sia necessaria la convivenza, così affermando, nella sostanza, che non vi possa essere danno parentale in difetto di essa, senza che possa ammettersi prova contraria; laddove poi, nel concludere, sembrano richiamare unicamente il ruolo della convivenza tra nonno e nipote al fine di considerare integrata quella presunzione di sussistenza del danno non patrimoniale che opera per i prossimi congiunti, anche a prescindere dal requisito della convivenza e, come visto nella giurisprudenza più recente, anche a prescindere dalla lontananza.

Ora, tale ricostruzione appare contraddittoria, in quanto, da un lato, l'assenza di convivenza appare preclusiva *tout court* del diritto al risarcimento del danno parentale tra congiunti non prossimi; dall'altro, la convivenza farebbe scattare la presunzione di sussistenza del danno parentale.

Nel mezzo, è evidente, vi dovrebbe essere la possibilità, quantomeno, di provare, senza l'ausilio di presunzioni, la sussistenza di un danno non patrimoniale per effetto della perdita del congiunto non prossimo anche in capo al parente che con quest'ultimo non fosse convivente, la quale ipotesi tuttavia non è mai neppure indagata dalla giurisprudenza restrittiva.

---

<sup>26</sup> Cass. Civ., Sez. III, 7 dicembre 2017, n. 29332, in *Giur. It.*, fasc. 11, 2018, p. 2353, con nota di C. SCALVINI, *Risarcibilità del danno parentale: la convivenza non è una condicio sine qua non*.

<sup>27</sup> Cass. Civ., Sez. Lav., 19 novembre 2018, n. 29784, in *Ilgiuslavorista.it*, 16 gennaio 2019, con nota di R. SPAGNUOLO, *La prova del danno non patrimoniale nel procedimento per la perdita di uno stretto congiunto*.



E tuttavia, appare comunque maggiormente condivisibile la posizione espressa dalla giurisprudenza del 2016 e del 2017, proprio poiché nega rilevanza ad una presunzione che non ha invero riscontro nell'*id quod plerumque accidit*, avendo spiegato la Corte come la non convivenza, non sia idonea a far presumere una assenza di sofferenza oltre la soglia bagatellare e quindi meritevole di risarcimento in soggetti che, pur se non congiunti prossimi, ben possono aver intrattenuto con il soggetto deceduto rapporti affettivi di particolare intensità, posta la rilevanza giuridica, come chiarito, anche del rapporto di parentela tra nonno e nipote, la quale ben si pone in linea con la sentenza della Sezione VI n. 3767/2018 sopra citata, che, nell'affrontare unicamente la tematica dei parenti prossimi congiunti, ha chiarito come financo la lontananza non sia idonea a scalfire la presunzione di sofferenza per la perdita del congiunto, ben potendo ipotizzarsi che a tale lontananza faccia anzi seguito una sofferenza di segno maggiore nel momento della perdita definitiva.

Il che peraltro non pare escludere la necessità di una accurata istruttoria in ordine all'entità della sofferenza patita dai congiunti, siano essi prossimi o meno, che si trovassero lontani o comunque non conviventi con il parente deceduto, stante la rilevanza in punto di *quantum* del risarcimento, come chiarito da tutta la giurisprudenza esaminata.

## 5. Conclusioni.

Dall'analisi condotta, l'articolato percorso giurisprudenziale e dottrinale in ordine all'onere della prova del danno non patrimoniale, nelle sue diverse sfaccettature, pare perciò ancora lontano dal potersi considerare concluso.

In particolare, le differenti posizioni di maggior o minor apertura circa il ruolo della prova presuntiva riflettono quella contrapposizione di fondo tra "esistenzialisti" e "antiesistenzialisti"<sup>28</sup>, che, a ben vedere, mostra come questi ultimi siano preoccupati specialmente di evitare il risarcimento di danni bagatellari.

Sul punto, si ritiene tuttavia che l'esigenza di evitare il risarcimento di conseguenze bagatellari non possa essere condotta, come dire, a valle, limitando l'accesso o la rilevanza della prova presuntiva, in violazione, pare a chi scrive, di quanto dispone il combinato disposto degli artt. 2727-2729 c.c., la cui interpretazione peraltro, come visto, ha condotto a ritenere le presunzioni come prova piena e non certo di rango secondario rispetto alla prova diretta.

Invero, anche muovendo da una posizione recentemente espressa in dottrina, il rischio paventato dagli antiesistenzialisti sembra invece dover essere affrontato a monte, individuando quali situazioni giuridiche soggettive protette solo quelle aventi un solido fondamento normativo, anche costituzionale<sup>29</sup>.

---

28 Cfr. G. PONZANELLI, *Dopo le decisioni delle Sezioni Unite: le «reali» divergenze tra esistenzialisti ed antiesistenzialisti*, in *Resp. Civ. e Prev.*, 2009, p. 2419 e ss.

29 Cfr. G. IORIO, *Il danno risarcibile derivante dal decesso del convivente di fatto*, in *Resp. Civ. e Prev.*, fasc. 4, 1 aprile 2017, p. 1092 e ss., ancorché l'A. paia poi aderire alle conclusioni della giurisprudenza restrittiva in tema di rilevanza della



Tale conclusione, appare supportata dal valore giuridico centrale che oggi, in una lettura costituzionalmente orientata dei rapporti giuridici anche privatistici, ha assunto la dignità della persona in quanto tale, in conformità al *“principio personalistico che anima la nostra Costituzione, la quale vede nella persona umana un valore etico in sé, vieta ogni strumentalizzazione della medesima per alcun fine eteronomo ed assorbente, concepisce l'intervento solidaristico e sociale in funzione della persona e del suo sviluppo e non viceversa, e guarda al limite del «rispetto della persona umana» in riferimento al singolo individuo, in qualsiasi momento della sua vita e nell'integralità della sua persona, in considerazione del fascio di convinzioni etiche, religiose, culturali e filosofiche che orientano le sue determinazioni volitive”*<sup>30</sup>.

Di tal che, una volta riconosciuta la natura fondamentale e costituzionalmente protetta del diritto considerato (nei casi esaminati nel lavoro: non discriminazione, autodeterminazione, rapporto parentale) precludere l'accesso alla prova per presunzioni significherebbe, in sostanza, privarli di quelle che autorevolissima dottrina ha definito le garanzie secondarie, *i.e.* gli strumenti giurisdizionali di tutela dei diritti, quale, tipicamente la responsabilità risarcitoria<sup>31</sup>, non potendosi dimenticare che quando si rivendica l'esistenza di un diritto non ne si chiede solo la sua positivizzazione, bensì che siano approntati strumenti istituzionali di protezione e tutela dello stesso<sup>32</sup>.

---

convivenza ai fini del risarcimento del danno da perdita del congiunto per i congiunti non prossimi, ponendosi tuttavia nella prospettiva di individuare, quale diritto costituzionalmente rilevante, quello del convivente di fatto ex art. 2 Cost. e non valutando la rilevanza giuridica del rapporto nonno-nipote sul piano dell'art. 29 Cost.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. Civ., Sez. I, 16 ottobre 2007, n. 21748, in *Diritto di Famiglia e delle Persone (II)*, 2008, 1, 77.

<sup>31</sup> Ci si riferisce alla nota dicotomia tra garanzie primarie e secondarie elaborata da L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, vol. 1, p. 675 per cui *“garantire un diritto vuol dire infatti risolvere due ordini di problemi: innanzitutto il problema di chi deve soddisfarlo o non violarlo, se tutti o alcuni, se lo Stato o altri soggetti, pubblici o privati; in secondo luogo, in caso di sua mancata soddisfazione o violazione, il problema di come questa deve essere riparata o sanzionata”*.

<sup>32</sup> Cfr. G. PINO, *Diritti soggettivi, in Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, G. Pino, A. Schiavello, V. Villa (a cura di), Torino, 2013, pp. 223-224.